

(texto em publicação no Boletim da Faculdade de Direito)

O *tetralema* do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade

Suzana Tavares da Silva

“«Justo» neste sentido é então a proporção.”

Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 1131b1 (15)

O princípio da proporcionalidade é hoje, por certo, o instrumento jurídico mais relevante e frequente no controlo judicial dos actos do poder público¹, sejam legislativos ou executivos – ou ainda dos poderes reguladores, acrescentamos nós, convictos da actual “autonomia” deste quarto poder, quando se trate, efectivamente, de um poder exercido por autoridades administrativas independentes, no uso de poderes autónomos de governação económica sectorial (poderes de *indirizzo*), que envolvam o exercício de poderes normativos, executivos, sancionatórios e jurisdicionais – particularmente quando contendem e, sobretudo, quando restringem ou limitam direitos fundamentais.

Mas a realidade actual, impulsionada essencialmente pela globalização económica que aproxima as mundividências e os sistemas jurídicos, não obstante deixar intactas as diferenças culturais que lhes estão subjacentes², veio pôr em destaque as dificuldades metódicas associadas à realização deste princípio, sublinhando a diversidade de “culturas de interpretação” – originárias, principalmente, dos diferentes constitucionalismos – e a urgência na promoção da *metódica comparatista*, em especial

¹ Na expressão de Sweet e Mathews, o princípio da proporcionalidade espalhou-se a todos os ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais como uma *pandemia* - v. Alec STONE SWEET / Jud MATHEWS, «Proportionality balancing and global constitutionalism», *Columbia Journal of Transnational Law*, n.º 47, 2008, pp. 162. Para David Beatty, este princípio é “*appropriately multicultural*”, e por isso constitui “*the ultimate rule of law*”, enquanto Aleinikoff se refere a ele como “*a dominant technique of rights adjudication in the world*” - v. Matthias KLATT / Moritz MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press, 2012.

² Sobre a ideia de que a protecção de interesses públicos globais mediante a institucionalização de sistemas normativos transnacionais de protecção jurídica deve respeitar a *identidade cultural de cada sistema* (*Leitkultur*), porque é aí que reside a legitimidade deste direito transnacional, veja-se o comentário crítico que Mattias KUMM faz das “*decisões Lautsi*” (crucifixo nas escolas italianas) do TEDH - in «Contesting the management of difference - transnational human rights, religion and the European Court of Human Rights’ Lautsi decision», in Raube / Sattler, *Difference and Democracy*, Campus Verlag, Frankfurt am Main, 2011, pp. 245 e ss.

no domínio do *direito dos negócios* ou dos novos instrumentos típicos do *direito do desenvolvimento económico*.

Trata-se de uma área jurídica recentemente autonomizada e que veio generalizar as situações de conflito entre direitos fundamentais e interesse público, em resultado das periódicas actualizações das opções políticas, tornando este tipo de litígios sobre a legitimidade das medidas normativas mais recorrente do que as restrições legislativas de direitos fundamentais motivadas por novas ponderações de valores em consequência da evolução social³.

A construção clássica do *princípio da proporcionalidade* deve-se à dogmática e jurisprudência alemã, mas nas últimas décadas este princípio universalizou-se, e constitui hoje a um “*padrão universal de valoração de poderes e medidas*”, que está presente em todos os ordenamentos jurídicos – global, internacional, europeu, constitucional dos países do sistema continental e constitucional dos países da *common law* e, ainda, dos constitucionalismos mais recentes do espaço *Commonwealth*, como o de Israel e da África do Sul (artigo 36.º)⁴.

Neste movimento de *expansão transnacional* para outros ordenamentos jurídicos, o princípio da proporcionalidade acaba, por um lado, transformando-se num *transplante legal* – algo dificilmente acomodável, na sua concepção original, em todos os sistemas, principalmente se for concebido como conteúdo doutrinário; mas essencial, enquanto *metódica de balanceamento*, na promoção de um *standard universal*⁵ para o controlo do

³ Vale a pena sublinhar, a este propósito, a distinção entre três tipos fundamentais de litígios em que o princípio da proporcionalidade é chamado a ditar a solução: i) quando esteja em causa uma *colisão de direitos em concreto*, algo que pressupõe um juízo de realização judicial do direito (ex. direito à reserva da intimidade da vida privada e a liberdade de imprensa); ii) nas situações em que o legislador *intencionalmente* decide restringir um direito com o propósito de solucionar, *em abstracto*, um conflito potencial entre dois direitos ou entre um direito e um valor ou um interesse público especialmente relevante (ex. liberdade de circulação e a segurança nacional); iii) e aquelas situações em que o legislador aparece como *regulador económico* ou *social*, acabando, na prossecução dessa função, por limitar direitos fundamentais, coarctar liberdades económicas ou frustrar expectativas legítimas a ganhos económicos, embora essa não seja a sua intencionalidade primária (ex. definição das regras de uso sustentável da água limita certas liberdades económicas e até as possibilidades de aproveitamento económico de obras infra-estruturais dependentes do uso daquele bem). Voltaremos a estas diferenças, mais à frente, no texto.

⁴ Sobre o tema, por último, Johannes SAUER, «Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes», *Der Staat*, n.º 51, 2012, pp. 3 e ss.

⁵ Importa ter presente a diferença que na literatura anglo-saxónica se estabelece entre *regras e standards*, entendendo-se as primeiras como uma expressão normativa densificadora de um princípio, cuja finalidade é limitar a actuação do decisor (daquele a quem incumbe a tarefa de *realizar o direito*), ao passo que o *standard* pretende ser uma aplicação não mediatizada do princípio, que assim confere maior discricionariedade ao decisor, para que este atente nas

*poder e a avaliação das medidas restritivas de direitos fundamentais e das que afectem expectativas legítimas*⁶ – e, por outro, sofrendo uma mutação no seu conteúdo originário, que justifica a mutação da clássica trilogia alemã – adequação, necessidade, proporcionalidade – para os diversos arranjos da *tetralogia* desenvolvida no plano universal – adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade – que procura garantir a combinação intrínseca entre a perspectiva metódica (a *ponderação* e o *balanceamento*⁷) e a perspectiva conteudística à escala universal (a *razoabilidade*), a qual redundará, como concluiremos no fim, num verdadeiro *tetralema*⁸, tantas são as diferenças metódicas que existem neste novo contexto multinível de realização do princípio da proporcionalidade.

A *atualização dos critérios de realização* deste princípio adveio, no essencial, das dificuldades sentidas ao nível do método jurídico tradicional quanto à aplicação do

especificidades do caso concreto – v. Pierre SCHLAG, «Rules and Standards», *UCLA Law Review*, 33/379, 1985.

⁶ Segundo Kumm a análise da proporcionalidade é talvez o transplante legal mais bem sucedido de toda a história da segunda metade do século XX. Embora, se quisermos recorrer às metáforas culinárias de Örüçü sobre os *transplantes legais*, podemos dizer que não estamos ainda perante um *purée* (casos de assimilação total), mas talvez perante uma *taça de cereais* (os elementos estão em fase de fusão ou hibridização), tendo sido já superados os estágios *taça de salada* (em que os elementos estão misturados sem perderem a sua identidade) e *prato de salada* (onde cada elemento aparece com a sua identidade salvaguarda e autonomizada dos restantes, embora sob o efeito de um “fio de azeite” que serve de elo de ligação entre eles) – v. Margit COHN, «Legal transplant chronicles: the evolution of unreasonableness and proportionality review of the administration in the United Kingdom», *American Journal of Comparative Law*, 2010, também disponível em <http://ssrn.com/abstract=1619864> pp. 9.

⁷ A *universalização* do princípio da proporcionalidade torna mais difícil qualquer tarefa de tentar estabelecer uma categorização conceptual única. Todavia, é possível concluir que os autores tendem a distinguir entre a *ponderação* como subprincípio da proporcionalidade, que se enquadra num método normativo de determinação da correcta correlação entre dois elementos, do *balanceamento*, enquanto abordagem metodológica distinta, através da qual se busca o mesmo resultado, mas a partir de uma concepção fundada em *standards*, o que conduz a uma maior discricionariedade – v. Simon EVANS / Adrienne STONE, «Balancing and Proportionality: a Distinctive Ethic?», Workshop: *Balancing and proportionality in constitutional review*, 2007 (disponível em [http://www.enelsyn.gr/en/workshops/workshop15\(en\).htm](http://www.enelsyn.gr/en/workshops/workshop15(en).htm)); Iddo Prat / Moshe Cohen-Eliya, «American Balancing and German Proportionality: The historical origins», disponível em <http://ssrn.com/abstract=1272763>.

Apesar da diferença proposta pelos autores, no texto utilizaremos indistintamente as expressões *ponderação* e *balanceamento* para designar a operação que se realiza no âmbito do teste da proporcionalidade em sentido restrito.

⁸ Um *tetralema* é um enunciado lógico originário da filosofia indiana (*Catuskoti*) que concebe quatro possibilidades a partir de uma premissa: *ser X*, *ser não X*, *ser X e ser não X* (ambos), ou *não ser X nem não X* (nenhum). Calliess utilizou esta figura para classificar o *direito transnacional*, dizendo que não estávamos perante direito de um Estado, nem perante direito de outro Estado (por remissão de normas, ou seja, afastou a possibilidade de estarmos perante um direito internacional privado ou de colisão de ordenamentos), nem perante direito internacional (que será o direito de ambos, do Estado e do outro Estado), e sim perante “um direito novo” ou uma nova fonte jurídica, que não é nacional, nem de outro Estado, nem internacional.

“teste da necessidade” no domínio do controlo de actos legislativos em matéria de medidas políticas que contendem com direitos e liberdades fundamentais, pois no que respeita ao controlo de medidas restritivas de direitos fundamentais propriamente ditas, a substituição da trilogia pelo *tetralema* deve-se, basicamente, à *globalização dos direitos humanos* (com a consequente *fragmentação da ordem jurídica internacional*) e à *internacionalização da respectiva protecção* através de tribunais internacionais.

1. A metódica tradicional do princípio da proporcionalidade e as suas insuficiências

O princípio da proporcionalidade, na sua formulação moderna do triplo teste (*dreistufige Prüfung*)⁹, aparece sempre associado à jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão e tem como marcos históricos o “caso das farmácias” (*Apothekenurteil*), de 1958 – o tribunal constitucional alemão, chamado a apreciar a conformidade constitucional do artigo 3.º, §1.º da lei das farmácias (no qual se instituíam certas condições, pressupostos de interesse público, para a abertura de novas farmácias), com a liberdade de escolha de profissão (interpretada como liberdade de vocação), consagrada no artigo 12 da *Grundgesetz*, adopta uma metódica especial para a apreciação das situações em que o direito de liberdade individual é restringido por razões de interesse público, a qual se baseia nos testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito¹⁰ –, e o “caso *Lüth*”, também de

⁹ O princípio da proporcionalidade tinha já expressão concreta no direito de polícia, mais concretamente na obra de Fleiner, de 1912, onde se defendida que a polícia não devia limitar as liberdades individuais em violação dos *cannons* – v. D-U GALETTA, «Il principio di proporzionalità», in Sandulli (org.), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè Milano, 2010, pp. 110, disponível em www.treccani.it, *Diritto on line*, 2012.

¹⁰ Na sua formulação original – que para comodidade do leitor aqui transcrevemos na tradução inglesa, disponível no site da Universidade do Texas –, o acórdão (BVerfGE 7, 377) estabelece o seguinte: “The basic right is to protect the freedom of the individual, and the reservation of the power of regulation is to secure sufficient protection for community interests. The need to take both requirements into account means that when the legislator intervenes he must differentiate in accordance with the following principles:

a) Freedom of exercise of a vocation can be restricted in so far this seems appropriate according to rational considerations of the common good. Basic right protection is restricted to preventing conditions which are in themselves contrary to the Constitution because they may be excessively burdensome and are not reasonable.

b) Freedom of choice of vocation can only be restricted to the extent that protection of particularly important interests of the community positively requires it. If such an interference is unavoidable, the legislator must always choose the form of interference which restricts the basic right least.

1958, no qual se afirma a “primazia” do sistema constitucional de direitos fundamentais sobre as normas de direito civil reguladoras dos direitos de personalidade¹¹.

De acordo com aquela metódica, o tribunal deve, em primeiro lugar, analisar a *adequação da medida* (*Geeignetheit*), ou seja, a sua idoneidade para a prossecução do fim, o que consubstancia, também, uma expressão do óptimo de Pareto (otimização relativa em face de condições fácticas) no sentido de que nenhuma medida restritiva de um direito deve ser admitida se com ela não se visar a promoção de um outro direito ou interesse geral. Seguidamente, há-de verificar a respectiva *necessidade* (*Erforderlichkeit*), o que significa que tem de concluir que a medida não pode ser substituída por outra igualmente adequada (eficaz), mas menos gravosa (“mandato do meio mais benigno”, na formulação de Alexy). E, por último, o tribunal apenas há-de considerar conforme com o princípio constitucional a medida que, no âmbito do juízo de *proporcionalidade em sentido restrito* (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*), permita concluir que não é demasiado gravosa em relação à conveniência de alcançar o resultado pretendido (“mandato da ponderação” – também na formulação de Alexy).

Segundo Alexy, os dois primeiros testes – *adequação* e *necessidade* – são mandatos de *otimização fáctica*, enquanto o teste da *proporcionalidade em sentido restrito* é um mandato de *otimização jurídica*¹². Isto significa que nos dois primeiros casos há uma interdependência entre o juízo normativo e as condições de validade fáctica das medidas, de onde resulta, ou pode resultar, uma limitação funcional para o tribunal, enquanto no teste da *proporcionalidade em sentido restrito* estaremos perante um juízo

c) If the interference with the freedom of choice of vocation takes the form of a list of certain conditions for taking up the vocation, a distinction must be made between subjective and objective prerequisites. The principle of proportionality applies to the subjective prerequisites (in particular education and training) in the sense that they must not be out of proportion to the desired goal of proper performance of vocational activity. Particularly strict requirements must be applied to proving the need for objective prerequisites for admission.

In general such a measure can only be justified to avert provable or highly probable serious risks to an extremely important community interest.

d) Rules under Art 12 para 1 sentence 2 of the GG must always be made at the level which causes the smallest interference with freedom of choice of vocation. The legislator can only embark on the next level if it can be shown that it is highly probable that the risks feared cannot be effectively overcome by means at the previous level which accord with the Constitution” – cf. <http://www.utexas.edu> (acesso em 27.01.2013).

¹¹ Cf. BVerfGE 7, 198.

¹² Cf. Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. de Carlos Bernal Pulido), 2.^a ed., Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 91-95.

normativo de ponderação¹³ entre dois direitos conflitantes ou entre um direito e um interesse público relevante¹⁴.

Recentemente, alguns autores alemães vêm sublinhar a necessidade de juntar um quarto teste, prévio àqueles três, assente na autonomização do escrutínio da *legitimidade dos fins*¹⁵, partindo da premissa de que nem todos os fins são legítimos por causa dos limites que podem ser justapostos à “liberdade de escolha pública”. Este

¹³ Veja-se que para Alexy a *ponderação* assenta numa metódica própria – “*the weight formula*”. Segundo a “*fórmula do peso*”, é necessário colocar em confronto os dois princípios na sua valoração abstracta, a intensidade da interferência exigida a um e outro e a confiança empírica e normativa que deve ser atribuída à realização e não realização de cada um dos princípios. Segundo Klatt e Meister, este método divide-se em três etapas: i) fixação do grau de não realização do primeiro princípio; ii) determinação da importância de realização do segundo princípio; iii) apurar se a satisfação do segundo princípio justifica a não realização completa do primeiro – *ob. cit.*, pp. 10.

Alexy explica que a “*fórmula do peso*” apresenta soluções distintas consoante se trate de uma ponderação em abstracto ou em concreto. Para a primeira hipótese, o autor dá como exemplo a decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre as advertências de saúde nos pacotes de tabaco, que “opõe” a protecção da saúde dos fumadores à liberdade económica das indústrias tabaqueiras. Segundo o Tribunal, os riscos para a saúde do fumador são elevados, o que significa que os motivos que justificam a restrição à liberdade económica são ponderosos, sendo esta reduzida (meras advertências apostas no produto), então a legitimidade da restrição é “óbvia”. Como exemplo da ponderação em concreto, o autor apresenta o caso (também do Tribunal Constitucional Alemão) da obrigação de as Universidades transmitirem às autoridades informações de dados relativos a estudantes estrangeiros, que opôs um estudante marroquino (muçulmano) à Universidade onde estudava, alegando violação do seu direito à autodeterminação em matéria de registos informáticos. O Tribunal considerou que a restrição a este direito é legítima em casos de perigo actual e concreto, mas não em casos de perigo abstracto e geral, pelo que, tratando-se o caso em apreço de uma medida para combater uma ameaça geral, a mesma teria um peso relativo mais baixo do que a protecção do direito do aluno – v. Robert ALEXY, «Constitutional Rights and Constitutional Review», *comunicação apresentada em Coimbra*, em Outubro de 2012.

¹⁴ Transpondo esta metódica para o direito administrativo italiano, Stefano COGNETTI equipara os testes da *adequação* e *necessidade* à *discrecionalidade técnica* – onde o Tribunal depende dos elementos de facto carregados para o processo para poder formular o seu juízo – e o teste da *proporcionalidade em sentido restrito* à *discrecionalidade administrativa* – em que o tribunal pode escrutinar a decisão com base em critérios normativos, pois “o parâmetro normativo” é neste caso aferido a partir da *ponderação* de interesses (públicos e privados), valores e princípios (igualdade, justiça, boa fé...), de onde há-de resultar um juízo final sobre a legitimidade da medida.

¹⁵ Um estádio que outros autores designam também como *teste de legitimidade* quanto aos fins. Trata-se de uma dimensão que ganha especial actualidade com a *neutralidade* exigida ao poder público em matérias como a orientação sexual, a composição familiar ou a profissão de um culto religioso. Schlink considera, por exemplo, que uma lei que discrimine famílias nucleares ou que pretenda defender os cidadãos de um culto considerado perigoso deve considerar-se “*ilegítima relativamente aos fins*”, não sendo sequer possível promover o teste da proporcionalidade das medidas, embora o Tribunal Constitucional Alemão admita, nestes casos, um “teste prévio” de *balanceamento* entre meios e fins (ex. violação do domicílio para defesa da segurança pública) – v. Bernhard SCHLINK, «Proportionality (1)», Rosenfeld / Sajo, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2012, pp. 723.

teste constitui, também, ou seja, conjuntamente com o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, um *momento normativo*¹⁶.

Trata-se de uma proposta que, a nosso ver, pode ser complementada com as reflexões colhidas em Zagrebelsky, quando o autor distingue, no âmbito do controlo de constitucionalidade das medidas, os *momentos internos* de *racionalidade* (prossecução de um fim que justifica o afastamento do arbítrio) e de *justiça* (coerência da solução do caso no domínio do sistema) e o *momento externo* de *razoabilidade*, em que se confronta a medida em abstracto com um valor. É nesta fase que, em nosso entender, o contexto actual impõe, por um lado, um alargamento do leque de valores a tomar em consideração, fruto da globalização e internacionalização do contexto das relações intersubjectivas, e, por outro, um exercício de direito comparado para garantir, através do “diálogo”, a vocação globalizada da solução, ou, pelo menos, recorrendo à expressão de Teubner, evitar “irritações” no processo de universalização da análise.

Entre nós, a dogmática do *princípio da proporcionalidade* foi especialmente desenvolvida por Gomes Canotilho, no estudo do *princípio da proibição do excesso* (*Übermassverbot*)¹⁷, por Vieira de Andrade, a propósito das restrições legislativas de direitos fundamentais¹⁸ e por Reis Novais¹⁹. Apesar de partirem da *clássica trilogia germânica*, cada um destes autores destaca aspectos diversos em relação à metódica daquele princípio.

Gomes Canotilho afirma que o *espaço de livre conformação do legislador* (que parece também estender ao poder regulamentar) justifica uma “limitação” do controlo do poder judicial aos juízos de adequação e proporcionalidade em sentido restrito²⁰, de onde podemos inferir que o autor “deixa” ao espaço de acção própria do princípio da legalidade democrática a “escolha” da medida, tornando inoperativo o *teste da necessidade* (algo que, como veremos, tem sido a posição adoptada pela nossa jurisprudência constitucional).

¹⁶ V. Matthias KLATT / Moritz MEISTER, *ob. cit.*, 2012, pp. 9.

¹⁷ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2007, pp. 266 e ss.

¹⁸ Cf. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 277 e ss.

¹⁹ Cf. J. REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004, pp. 161 e ss.

²⁰ Segundo as palavras do autor “[E]sta liberdade de conformação tem especial relevância ao discutir-se os requisitos da adequação dos meios e da proporcionalidade em sentido restrito. Isto justifica que perante o espaço de conformação do legislador, os tribunais se limitem a examinar se a regulação legislativa é manifestamente inadequada ou se existe um erro manifesto de apreciação por parte do legislador” (destaques nossos) – *ob. cit.*, pp. 272.

Já Vieira de Andrade, na esteira de Hesse, também “neutraliza” o *teste da necessidade* (o “mandato do meio mais benigno”), mas não o deixa inteiramente entregue ao espaço de criação própria da liberdade democrática, promovendo antes a sua “substituição” pelo *teste da “razoabilidade”*, admitindo as medidas mais ou menos restritivas, desde que todas elas se encontrem “dentro dos limites da razoabilidade exigível”²¹.

Por último, Reis Novais apresenta também uma proposta, desta feita não de “substituição” do teste da necessidade pelo teste da razoabilidade, mas antes de “complementação” do teste da proporcionalidade em sentido restrito com o *teste da razoabilidade*, em que, segundo o autor, o núcleo intangível das medidas não deve limitar-se à dignidade da pessoa humana, mas antes estender-se, também, à razoabilidade (apreciação da gravidade qualitativa e quantitativa da medida face à tolerabilidade da limitação da liberdade de autonomia pessoal), e ainda com o *teste da determinabilidade*, que impõe um grau de concretização e densidade para as normas que acolhem as medidas restritivas de forma a limitar ao máximo o respectivo espaço de realização²².

A interpretação proposta por Reis Novais, sobretudo quando comparada com a leitura apresentada por Gomes Canotilho, parece pretender abranger a “*dimensão moral da proporcionalidade*”, que tradicionalmente alguma doutrina contrapõe à “*dimensão política daquele princípio*”. Uma interpretação da sua teoria que se torna mais inteligível se tivermos presentes os trabalhos de Tsakyrakis e de Kumm, para quem os tribunais constitucionais dos países europeus, assim como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, optam por transformar o princípio da proporcionalidade num instrumento de balanceamento entre direitos e entre direitos e interesses públicos, “esquecendo-se” de assegurar as “questões da moral política” que estão subjacentes à promoção dos direitos fundamentais²³. Algo que Reis Novais parece subscrever quando afirma que o *princípio da razoabilidade* visa, precisamente, evitar que a protecção

²¹ Cf. ob. cit., pp. 288 (nota 65). Analisando a posição do autor, parece-nos que dela é possível inferir uma certa “recomendação” de autocontenção do poder judicial, também no teste da proporcionalidade em sentido restrito, pois ao autonomizar a razoabilidade pode querer dizer que ela há-se de ser, igualmente, um elemento a integrar na ponderação final, assim apontando também para uma “rejeição” da teoria dos trunfos.

²² Cf. ob. cit., pp. 187-194.

²³ Cf. Stavros TSAKYRAKIS, «Proportionality: An Assault on Human Rights?», *International Journal of Constitutional Law*, n.º 7, 2010, pp. 468 e ss e Mattias KUMM, «What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement», *New York University Law School, Public Law Research Paper* N.º 06-41, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=952034>.

dos direitos se limite à inviolabilidade do núcleo, uma vez que para ele, na esteira de Dworkin, uma das funções essenciais dos direitos fundamentais consiste no facto de estes funcionarem como “trunfos contra as maiorias”²⁴. Situação que não estaria devidamente assegurada, caso o controlo da proporcionalidade dos actos legislativos se circunscrevesse a um balanceamento entre a gravidade da medida e a conveniência na prossecução do fim²⁵.

Uma interpretação entretanto ultrapassada, como a doutrina germânica mais recente sublinha, quando enaltece as qualidades do princípio da proporcionalidade em sentido restrito como “um poderoso instrumento racional de universalização de *standards* globais”²⁶.

Efectivamente, as críticas avançadas pelos defensores da argumentação moral, em especial Kumm, acabam superadas pelos argumentos apresentados por Alexy, quando o autor explica que a *universalização* do princípio decorre precisamente do seu carácter flexível, pois do balanceamento sairá um resultado ajustado às premissas fornecidas pelo contexto cultural. Não se trata de uma ponderação sempre favorável ao interesse público (em princípio representado pela maioria), mas sim de um resultado fundado “no peso que as pessoas derem aos interesses relevantes em conflito”²⁷. Veja-se que o contexto de *universalização* não conduz, fatalmente, a uma diluição das minorias. Pelo contrário, alarga o leque de valores para o *teste da razoabilidade* e reforça o conteúdo

²⁴ “Firewall” na expressão de Habermas ou “side constraints” segundo Nozick.

²⁵ A construção da teoria dos direitos fundamentais como *trunfos* nasce com o alegado propósito de assegurar a sua força normativa perante o “modelos dos interesses”, segundo o qual todos os direitos seriam relativos, ou seja, susceptíveis de restrição segundo a metódica da proporcionalidade. Klatt e Meister distinguem três subtipos dentro da *teoria dos trunfos*: i) o “strong trump model”, em que os direitos se apresentam como absolutos e não restringíveis, o que significa que qualquer limitação há-de ser sempre interpretada como uma restrição (compreensão que os autores rejeitam, desde logo porque todas as Constituições e Cartas de Direitos Fundamentais contemplam cláusulas gerais de limitação, escritas ou não escritas, que revelam bem o carácter não absoluto dos direitos); ii) a “medium trump model”, que reconhece uma força prevalecente e uma prioridade aos direitos, apenas admitindo a sua restrição quando esteja em causa um “fundamento especialmente relevante”, que o tribunal deve controlar com base no “strict scrutiny test” (também esta teoria é rejeitada pelos autores pela insegurança e incerteza que gera, a qual se pode traduzir numa arbitrariedade do poder judicial ao verificar a legitimidade das restrições); por último, a “weak trump model”, baseia-se na metódica da proporcionalidade e no pressuposto de que os direitos só podem ser limitados no contexto da ponderação com outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos, o que constitui uma proposta orientada para a metódica da proporcionalidade na estrutura do teste quádruplo, ou seja, com a autonomização do teste da legitimidade dos fins – v. Matthias KLATT / Moritz MEISTER, *ob. cit.*, pp. 15-44.

²⁶ Cf. Matthias KLATT / Moritz MEISTER, *ob. cit.*, cujas ideias-chave constam do artigo «Verhältnismässigkeit als Universelles Verfassungsprinzip», *Der Staat*, n.º 51, 2012(a), pp. 159 e ss.

²⁷ Cf. Matthias KLATT / Moritz MEISTER, *ob. cit.*, 2012(a), p. 174.

mínimo da protecção (em resultado, desde logo, do “diálogo” com outras soluções interpretativas), ao mesmo tempo que dilui o efeito *irritante* da diversidade cultural.

Afastada esta perspectiva, importa sublinhar que também não nos identificamos com a posição subscrita por Gomes Canotilho, pois não se nos afigura hoje razoável que o Tribunal Constitucional se demita do controlo da *necessidade da medida*, apenas por esse ser um espaço que o princípio da legalidade democrática “manda” deixar à livre conformação do poder legitimamente investido segundo as regras do jogo democrático. Não queremos com isto defender um retrocesso e a defesa do modelo de interpretação característico do “novo constitucionalismo” – assente no esteio de legitimação da ordem democrática a partir da efectiva protecção dos direitos fundamentais e dos “mandatos constitucionais” em matéria de concretização de políticas públicas²⁸. Longe disso, pretendemos apenas sublinhar a existência de uma “nova ordem económica global” que informa, também, o contexto interpretativo dos direitos fundamentais.

Verdadeiramente, este novo modelo económico-social – que em nosso entender consubstancia um *limite interpretativo* dos direitos, seja entendido como um contexto que tem de estar presente no momento interpretativo em que se formulam as restrições (se optarmos pela teoria individualista do Estado e da sociedade, *i. e.*, pela clássica *teoria externa*), seja, como nos parece actualmente mais correcto (em razão do reforço de poder da Comunidade face ao Estado no contexto global), entendido como limite imanente à força irradiante dos direitos (se optarmos pela visão comunitária do direito, *i. e.*, pela clássica *teoria interna*)²⁹ - recomenda o escrutínio da liberdade de conformação legislativa de forma mais densa. Isto, pese embora o facto de esse escrutínio não ter que ser necessariamente judicial, e, menos ainda, efectuado pelo Tribunal Constitucional – tal como o não concebemos como agente activador de políticas, também o não concebemos como “guardião” da boa governação.

Todavia, tal não significa que a “boa governação” não seja hoje um parâmetro normativo ou, pelo menos, em vias de normativização. Circunstância que decorre da perda de relevância das ideologias e da respectiva superação por uma visão

²⁸ Para uma perspectiva completa dos alicerces doutrinários desta corrente neopositivista que sustenta o “novo constitucionalismo” *v.*, por todos, os textos editados por Miguel CARBONELL e Leonardo GARCÍA JARAMILLO, em *El canon neoconstitucional*, Editorial Trotta, Madrid, 2010. Para uma leitura da representação desta corrente doutrinária entre nós *v.* GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador - Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, Coimbra Editora, 2001.

²⁹ Sobre o sentido e alcance de cada uma das perspectivas, *v.* Robert ALEXY, *ob. cit.*, pp. 240.

pragmática e funcional das políticas públicas³⁰, a qual conduz à sua juridicização e ao controlo por outras formas complementares, com especial destaque para os instrumentos de *accountability* e *responsividade*.

A juridicização das políticas públicas resulta, desde logo, da autonomização do *direito fundamental a uma “boa administração”* – o qual tem hoje consagração expressa no artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia –, que contempla, para além da garantia do acesso à informação e “à verdade”³¹, uma exigência de *eficiência* em todos os actos do poder público, incluindo as medidas adoptadas pelo poder legislativo no âmbito da função de governo, e um mandato de *harmonização sistémica* no contexto da *governance global* das *policies*³².

Esta necessidade de assegurar um mínimo de *racionalidade jurídico-económica* às actuais políticas públicas impõe à *judicial review* algumas exigências acrescidas, não só estimulando-a a transformar-se numa jurisdição mais cosmopolita, mas também a orientar-se por uma “ética das consequências”, como sublinha Zagrebelsky³³ – é importante que o Tribunal Constitucional, mesmo que não se socorra de parâmetros como a *sustentabilidade* e a *justiça intergeracional* para avaliar as normas, não deixe de

³⁰ Uma visão do mundo mais perceptível com a globalização das comunicações na “*Sociedade Rede*”, onde os cidadãos exigem um acesso alargado à informação e a instituição de instrumentos para confrontar essa informação – sobre o novo papel dos cidadãos e do poder e contrapoder na sociedade rede v. Manuel CASTELLS, *Comunicación y poder*, Alianza Editorial, 2011, pp. 33-86. A propósito desta recompreensão da mundividência no contexto da reformulação do Estado Social veja-se a interessante crónica «The nordic countries – the next supermodel», in *The Economist*, de 2 de Fevereiro de 2013.

³¹ Presentemente, o que legitima a actuação do Estado (numa abordagem que muitas vezes se consegue sobrepor à legitimação formal decorrente dos instrumentos típicos do poder democrático, como as revoltas da Primavera Árabe começaram a demonstrar) é, tal como na legitimação de qualquer outro poder regulador, a *verdade* e a *eficiência*, constituindo a corrupção e a captura pelos grupos de interesse um ponto fundamental de intervenção do “novo direito transnacional” – sobre a importância da *verdade* como elemento de legitimação substantiva da regulação v. Rebecca M. BRATSPIES, «Regulatory Trust», *Arizona Law Review*, 2009, pp. 575ss.

³² A *governance global* das *policies* – a interdependência e interacção entre os actores sociais e autores normativos no contexto global, sejam públicos, privados, nacionais ou internacionais, transforma a própria compreensão da *governabilidade política*, uma vez que todos tendem a aproveitar as sinergias destas relações plurais e poligonais (v. Jan KOOIMAN, *Governing as Governance*, Sage, London, 2003, pp. 221 e ss) – reduz a liberdade de conformação das *politics*, mas a aplicação da analítica da proporcionalidade não significa (nem pode significar) neste contexto uma substituição da discricionariedade ou margem de livre conformação por um reforço da justiciabilidade. Pelo contrário, segundo esta perspectiva, a *governance* é não só um limite à produção jurídica legal, mas também um limite funcional à “produção jurídica judicial”.

³³ Cf. Gustavo ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto como dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009, pp. 318-331.

tomar em consideração estes dois esteios essenciais da nova justiça económico-social quando projecta os efeitos das suas decisões.

A nossa posição acabará, neste contexto, por se aproximar, em certa medida, da proposta avançada por Vieira de Andrade quanto ao *teste da razoabilidade*³⁴, quando o concebemos como complemento da análise do *princípio da necessidade*, principalmente nas situações de “limitação” dos direitos decorrentes da implementação de políticas públicas (novas opções políticas)³⁵. Acreditamos, porém, que a *justiça* desta opção metódica requer complementos de controlo daquelas medidas *a montante* do controlo de constitucionalidade. É esta, como veremos, a solução que nos parece mais adequada no actual contexto da *universalização do princípio da proporcionalidade*, impulsionada pela globalização económica e pela internacionalização da protecção jurídica dos direitos humanos.

2. Os caminhos da universalização do princípio da proporcionalidade

Não foi apenas na Europa ou nos sistemas jurídicos continentais que este princípio de matriz germânica se divulgou. A sua força expansiva permitiu-lhe impor-se nos sistemas jurídicos da *Commonwealth* – seja nos que passaram a dispor de constituição escrita, como o Canadá e a África do Sul, seja naqueles que se mantiveram fieis à não adopção de um tal documento, como Israel –, *inclusive* no sistema jurídico britânico, desta feita por influência do direito europeu³⁶, e ainda nos sistemas normativos internacionais de origem convencional, que em regra a doutrina associa à constituição de “novas ordens jurídicas de base constitucional” resultantes da fragmentação do

³⁴ O autor destaca bem a diferença entre a *razoabilidade* e a *proporcionalidade* ao analisar o controlo de constitucionalidade da lei que entre nós regulava as limitações à propriedade das farmácias, referindo que estamos perante uma verificação da *razoabilidade* da medida adoptada pelo legislador no âmbito dos seus poderes de conformação da liberdade de iniciativa económica privada e não um escrutínio da necessidade e proporcionalidade da medida como se de uma restrição ao direito de propriedade privada se tratasse – in «O problema da constitucionalidade da reserva legal da propriedade das farmácias a favor dos farmacêuticos», *parecer inédito*.

³⁵ Nesta matéria cumpre distinguir entre as situações gerais de *conformação legal de direitos*, em que o legislador se limita a disciplinar uma matéria que contende com direitos, mas em que se trata apenas de proceder à sua conformação legal, sem que essa conformação tenha de ser tratada como uma restrição – sobre esta diferença *v.* ALEXY, *ob. cit.*, pp. 290 e ss. – e aquelas em que essa conformação contende com *expectativas legítimas*, caso em que se impõe uma aplicação complementar dos dois princípios. Voltaremos a esta temática mais à frente no texto.

³⁶ *V.*, por todos, Stefano VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2008, em especial pp. 13 e ss.

direito internacional, de que constituem exemplos a União Europeia, o Conselho da Europa e a Organização Mundial de Comércio³⁷.

O Canadá acolheu o *princípio da proporcionalidade* na década de 80, por ocasião da entrada em vigor da *Canada's Charter of Rights and Freedoms* (CCRF)³⁸. Recepção que aparece, pela primeira vez, na sentença *Regina v. Oakes*³⁹, onde a formulação do princípio em matéria de interpretação da *cláusula dos limites razoáveis* (*section 1 da CCRF*⁴⁰) pelo juiz Dickson obedece, também, a um *triplo teste*, conhecido como o *Oakes test*: i) as medidas têm que estar racionalmente conectadas ao objectivo a prosseguir; ii) para além disso, devem restringir o menos possível ("*minimal impairment*") o direito previsto na CCRF; iii) exigindo-se, ainda, uma relação de proporcionalidade entre os efeitos provocados pelas medidas e os objectivos a prosseguir, aos quais, por seu turno, deve ser reconhecida "relevância suficiente".

Este *triplo teste* apresenta diferenças assinaláveis entre o controlo canadiano e o germânico em matéria de restrição de direitos fundamentais, sendo o teste do "*minimal impairment*" mais exigente do que o controlo geral da *proporcionalidade* adoptado pelo *Bundesverfassungsgericht*⁴¹, o que leva alguns autores a propor uma substituição desta metódica por um regime de *two-step proportionality/balancing*, em que num primeiro momento se analisaria a existência de uma violação ou limitação do direito, para, num

³⁷ Para uma perspectiva geral desta evolução v. Alec STONE SWEET / Jud MATHEWS, ob. cit., pp. 73-165.

³⁸ Anteriormente, o Canadá dispunha do *Bill of Rights* de 1960, diploma que conferia ao Tribunal Superior o poder para interpretar as leis em conformidade com o respectivo conteúdo, embora não lhe reconhecesse a possibilidade de anular os actos que estivessem em desconformidade com aquele. A doutrina destaca que até à década de 80 apenas se tem nota de um recurso contra uma decisão de uma autoridade pública em que foi dada prevalência ao *Bill of Rights*: o caso *R. v. Drybones* (1970) – v. Sara PENNICINO, *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, Maggioli Editore, SanMarino, 2012, pp. 46.

³⁹ No caso *Regina v. Oakes* (1986) – julgado pelo *Supreme Court* do Canadá (1 S.C.R. 103) – estava em apreciação uma norma da *Narcotics Act*, na qual se estabelecia uma presunção de que seria traficante todo aquele que fosse encontrado em posse de droga, o que significava que sobre qualquer possuidor de droga impenderia o ónus de provar que não era traficante, sob pena de condenação por tráfico. O Tribunal acabou por considerar a medida violadora da *cláusula dos limites*, reconhecendo que não existia uma correspondência racional entre a posse e o tráfico de droga.

⁴⁰ A *section 1 da CCRF* dispõe o seguinte: "[T]he Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society".

⁴¹ Para maiores desenvolvimentos quanto a estas diferenças v. Dieter GRIMM, «Proportionality in Canadian na German Constitutional Jurisprudence», *University of Toronto Law Journal*, Vol. 57, n.º 2, 2007, pp. 383-397.

segundo momento, verificar se essa limitação/violação seria razoável ou justificada segundo o teste da proporcionalidade⁴².

A *África do Sul*, um exemplo do constitucionalismo mais recente, consagra igualmente uma cláusula de limitação de direitos na respectiva Lei Fundamental – *Section 36*⁴³. A jurisprudência daquele país acabaria por acolher também o princípio da proporcionalidade na decisão *State v. Makwanyane*, onde foi chamada a apreciar o problema da *pena de morte*⁴⁴. Nessa ocasião, o tribunal afirmou que “a limitação de direitos fundamentais para a prossecução de um propósito razoável e necessário numa sociedade democrática impõe o balanceamento de valores que estão em concorrência e um juízo derradeiro baseado na proporcionalidade” (tradução nossa). Desde então, este princípio haveria de tornar-se o centro das decisões nos juízos de constitucionalidade, que quase sempre o convocam para um balanceamento dos direitos na resolução dos litígios (socorrendo-se em diversas situações do direito comparado), muitos até associados a práticas arreigadas em tradições culturais⁴⁵. Em sistemas jurídicos como o *sul-africano*, onde se espera do Direito um especial engenho na implementação de parâmetros de justiça em sociedades com divergências culturais muito vincadas⁴⁶, o princípio da proporcionalidade revelou-se um instrumento único, capaz de moderar os ímpetus do poder legislativo

⁴² Neste sentido *v.* Charles-Maxime PANACCIO, «In defense of two-step balancing and proportionality in rights adjudication», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XXIV, n.º 1, 2011, pp. 109-128.

⁴³ Na *section 36* pode ler-se o seguinte: “1. *The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including: a. the nature of the right; b. the importance of the purpose of the limitation; c. the nature and extent of the limitation; d. the relation between the limitation and its purpose; and e. less restrictive means to achieve the purpose.*

2. *Except as provided in subsection (1) or in any other provision of the Constitution, no law may limit any right entrenched in the Bill of Rights*”.

⁴⁴ A doutrina atribui a influência germânica presente nesta decisão a uma visita que os juízes sul-africanos haviam efectuado, pouco tempo antes, ao Tribunal Constitucional alemão – *v.* Sara PENNICINO, *ob. cit.*, pp. 49.

⁴⁵ Veja-se o caso dos *Rastafarians*, que pretendiam continuar a consumir cannabis no âmbito da prática de cultos religiosos e cuja conduta foi criminalizada, tendo o Tribunal considerado que a limitação imposta pela lei de combate à droga não era desproporcionada relativamente ao fim prosseguido: reduzir o tráfico de droga – *v.* *Prince v President of the Law Society of the Cape of Good Hope and Others* (CCT36/00) [2000] ZACC 28; 2001 (2) SA 388; 2001 (2) BCLR 133 (12 December 2000)

⁴⁶ Também no caso *MEC for Education: Kwazulu-Natal and Others vs. Pillay* (CCT 51/06) foi necessário mobilizar o princípio da proporcionalidade para concluir que a proibição de autorização de uso de um *stud* (um tipo de *piercing nasal*, que constitui marca religiosa do hinduísmo) por uma aluna consubstanciava uma restrição excessiva à proibição de uso de símbolos religiosos, acabando até por ser considerada uma medida desadequada à finalidade da norma, que no caso era a integração inter-racial e religiosa dos estudantes.

(das maiorias), sem lhe coarctar a necessária margem de livre actuação na definição e prossecução do interesse geral.

O princípio da proporcionalidade foi também recebido pelo *sistema jurídico israelita* e mobilizado pela *Supreme Court* daquele Estado na resolução de litígios que envolviam a restrição de direitos e liberdades fundamentais, de que constitui um exemplo bem impressivo a decisão do caso *Beit Sourik Village Council*, em que o Tribunal considerou que a opção apresentada pelo Governo para a construção de um muro de defesa anti-terrorista era desproporcionada (*proporcionalidade em sentido restrito*), uma vez que os benefícios decorrentes da medida não eram suficientes para legitimar a restrição dos direitos dos residentes em *Beit Sourik*, que ficariam privados das suas terras⁴⁷. Neste aresto encontramos longas passagens sobre o conteúdo e a metódica do princípio numa perspectiva de direito comparado, com especial referência para as decisões judiciais do Canadá e da Alemanha.

De resto, as vantagens do *método comparado* ressaltavam já de forma impressiva no caso *Bank Mizrahi v. Migdal Cooperative Village*, onde o juiz *Barak* se apoiava na jurisprudência canadiana (sobretudo no já mencionado caso *Oakes*) e alemã (em especial no *Apothekenurteil*) para concluir que o projecto de construção de uma “linha de defesa”, que obrigava a dividir as terras de cultivo anteriormente atribuídas como incentivo ao povoamento e aproveitamento económico daquelas áreas, violava o *princípio da proporcionalidade em sentido restrito*⁴⁸, e ainda para sublinhar a necessidade de “limitar o controlo judicial” por uma *margem de razoabilidade*⁴⁹.

A ideia de *combinar* o teste da necessidade com o princípio da razoabilidade encontra-se igualmente patente no caso *Horev v. Minister of Transportation*⁵⁰, onde é questionada a constitucionalidade da medida adoptada pela autoridade responsável pela gestão do tráfego de cortar a *Bar-Ilan Street* durante o *Sabbath*. A *Supreme Court*

⁴⁷ Cf. HCJ 2056/04 *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*. Sobre a decisão e respectiva fundamentação v. Aharon BARAK, «Proportional Effect: The Israeli Experience», disponível em http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers.

⁴⁸ Cf. CA 6821/93 *Bank Mizrahi v. Migdal Cooperative Village*, pp. 242

⁴⁹ Cf. “It requires sensitivity to the necessity of balancing between the rights of the individual and the public interest. It requires the judge to understand his constitutional role. The directives of the limitation clause may be fulfilled in various ways. A type of ‘limitation margin’ is created (similar to the margin of reasonableness) or ‘margin of harm’. The Court must protect the boundaries of that margin. It must refrain from crossing the margin. The choice between the various possibilities that lie within the bounds of the margin rests in the hands of the legislature” – in *Bank Mizrahi v. Migdal Cooperative Village*, pp. 245.

⁵⁰ Cf. *Horev v. Minister of Transportation* H.C. 5016/96 (1997). Para mais referências, v. Sara PENNICINO, *ob. cit.*, pp. 60.

desenvolve uma análise baseada na legitimidade dos fins (proteger a liberdade religiosa dos ultra-ortodoxos) e na utilização do meio menos restritivo, concluindo que o encerramento daquela artéria apenas durante uma parte do dia já configurava a forma menos restritiva da liberdade de circulação, e convoca depois o *princípio da razoabilidade* para concluir que não seria admissível cortar parcialmente a principal artéria de acesso a Jerusalém com o propósito de garantir o silêncio durante as celebrações religiosas se estivesse em causa, apenas, a protecção de uma minoria religiosa (os ultra-ortodoxos), mas que a proporcionalidade da medida não podia deixar de ser examinada à luz da matriz cultural do Estado democrático judaico de Israel⁵¹ – uma decisão que, a nosso ver, revela bem a diferença entre a *suficiência da metodologia da proporcionalidade* nos diversos contextos culturais e os excessos a que pode conduzir a *teoria dos triunfos* baseada na força normativa das leis fundamentais.

A maior disparidade metodológica encontrava-se, porém, entre o *método germano* de controlo da proporcionalidade e o *Wednesbury reasonableness test* do Reino Unido⁵². Com efeito, a tradição britânica no controlo da actuação das entidades públicas sempre se centrou num exame de fiscalização (*judicial review*), incidente fundamentalmente sobre o *processo de actuação*, e menos focado no *conteúdo* da decisão. O *controlo do conteúdo* resumia-se à verificação da não *irrazoabilidade* da decisão (“*Wednesbury unreasonableness*”⁵³), centrando-se no pressuposto de que o papel do tribunal não é o de

⁵¹ Uma solução que acaba por ser criticada por muitos autores, que vêm nela uma “cedência” à religião e, por isso, uma oportunidade perdida para Israel se afirmar como um Estado democrático de direito, mas que outros destacam como uma sagaz decisão judicial, onde se revela claramente o “exercício legítimo” do poder judicial enquanto “*fact-finding*”, que consubstancia a essência daquele poder, o mesmo é dizer, um exemplo onde o contexto factual adquire prevalência normativa a partir do princípio da proporcionalidade, exclusivamente pelas razões culturais que subjazem ao conflito – v. Moshe COHEN-ELIYA / Iddo PORAT, «Proportionality and the Culture of Justification», disponível em <http://ssrn.com/abstract=1623397>.

⁵² A diversidade entre o método germano e norteamericano no escrutínio judicial das restrições a direitos fundamentais é uma questão que não teremos oportunidade de analisar neste texto, mas não deixamos de sublinhar a diferença entre os autores que consideram que são mais relevantes os pontos de aproximação – é o caso de Dieter Grimm, *ob. cit.* – e aqueles que procuram a genealogia da diferença – v. Iddo PORAT / Moshe COHEN-ELIYA, «American Balancing and German Proportionality: the Historical Origins», <http://ssrn.com/abstract=1272763>.

⁵³ A designação é originária do caso *Associated Provincial Picture Houses Ltd v. Wednesbury Corporation*, Court of Appeal, 1948 (1 KB 223). O julgamento incidiu sobre a decisão da *Wednesbury Corporation*, de, ao abrigo do disposto no *Sunday Entertainments Act*, de 1932, onde se estipulava que os cinemas poderiam funcionar nas tardes de Domingo de acordo com as condições impostas pelas entidades públicas, proibir a entrada a crianças de idade inferior a 15 anos nas sessões de Domingo à tarde. Na fundamentação da decisão – em especial no voto do Lord Greene M.R. – pode ler-se que o Parlamento entendeu delegar na autoridade local o *poder*

substituir o juízo da entidade pública, mas apenas o de verificar a sua legalidade⁵⁴, bem como o de testar se a solução a que chegou a entidade pública se afigura “desprovida de um fundamento razoável satisfatório”, no sentido de que nenhuma autoridade a adoptaria com base em critérios racionais.

A compreensão britânica da *separação de poderes*, aliada à necessidade de diferenciação bem vincada entre *fiscalização (review)* e *recurso (appeal)* judicial constituem, ainda hoje, as principais razões da “irritação” entre as decisões dos tribunais britânicos e do Tribunal de Estrasburgo em matéria de protecção de direitos fundamentais, de que o caso *Smith v. United Kingdom* constituiu o exemplo mais perfeito⁵⁵. Todavia, é importante não esquecer que na jurisprudência do *House of Lords* já era possível verificar a existência de uma pequena evolução do *Wednesbury reasonableness* para uma forma mais intensa de escrutínio dos poderes públicos, fundada no *anxious scrutiny*⁵⁶, sempre que estivesse em causa a protecção de direitos humanos.

A evolução substancial da jurisprudência e da doutrina daquele país em matéria de controlo das decisões dos poderes públicos acabaria, no entanto, por ser motivada, de forma mais evidente, quer pela aprovação do *Human Rights Act (1998)*⁵⁷, quer pelas

para impor condições ao funcionamento das sessões de cinema nos Domingos à tarde, deixando-lhe um espaço para que esta, segundo a sua aptidão cognitiva, decidisse. Todavia, a condição imposta era desrazoável, pois nenhuma autoridade racionalmente a adoptaria, o que permitia aos tribunais interferir.

⁵⁴ Sobre o sentido e a evolução do controlo das situações de “*abuse of discretion*” como um controlo, primeiro pelos parâmetros da *rule of reason* (*Rooke’s case* de 1958 e o *Keighley’s case* de 1609), e, posteriormente, por uma forma mais elaborada do *princípio da razoabilidade* consagrado com o *Wednesbury principle v. Sara PENNICINO, ob. cit.*, pp. 41-42.

⁵⁵ Referimo-nos ao processo que teve início, em 1996, nos tribunais do Reino Unido, onde se discutia uma decisão do Ministério da Defesa de demitir das forças armadas os homossexuais. Nas decisões dos tribunais nacionais aplicou-se o *Wednesbury unreasonableness test* e, embora a última decisão (a do *Court of Appeal*) tivesse já sido proferida sob a influência do *Human Rights Act (1998)*, o tribunal entendeu que aquela metodologia era a que salvaguardava o “*ethos* da autocontenção do poder judicial em matéria de fiscalização das decisões do poder democrático” – *v. BEATSON, MATTHEWS, ELLIOTT’S, Administrative Law*, 4.^a ed., Oxford University Press, 2010, pp. 250. É nesta sequência que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, na sua decisão de 2000 (*Smith v. United Kingdom*), condena o Reino Unido por violação do artigo 8.º da Convenção (protecção da reserva da intimidade da vida privada), considerando que a margem de livre apreciação deixada às autoridades dos Estados, no que respeitava à organização do serviço de defesa e às normas e orientações que nesse âmbito podiam tolher as liberdades individuais, não era suficiente, no caso concreto, para sustentar o critério da *necessidade da medida* numa sociedade democrática de direito.

⁵⁶ Este parâmetro aparece referido originalmente no caso *Bugdaycay v. Secretary of State for the Home Department*, de 1987 (AC 514) – *v. Margit COHN, ob. cit.*, pp. 27 e ss.

⁵⁷ No caso *Freitas v. Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands, and Housing (1998)*, o *Privy Council* rende-se, pela primeira vez, à metódica da proporcionalidade, adoptando o teste triplo: “(i) the legislative objective is sufficiently important to justify limiting a fundamental

constantes ingerências do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que tornaram cristalinas as insuficiências do *Wednesbury unreasonableness test*.

Na verdade, é com a decisão *Daly*⁵⁸ que o *House of Lords* inaugura uma nova era no domínio do controlo da proporcionalidade – período que os autores apelidam como emergência de uma “cultura de justificação” –, na qual se aprofunda o âmbito do controlo material dos juízes sem adulterar a essência da *judicial review*⁵⁹. Os juízes concordaram quanto à necessidade de adoptar um instrumento mais sofisticado, como o *princípio da proporcionalidade*, no controlo de medidas restritivas de direitos consagrados no *Human Rights Act* – desde logo, era essencial verificar a necessidade das medidas, e analisar se as mesmas se revelavam adequadas à prossecução dos fins, tendo estes também que se mostrar legítimos.

Contudo, em decisões mais recentes, de que constitui exemplo o caso *Doherty v. Birmingham City Council*, os juízes do *House of Lords* voltam a questionar a “necessidade” de recorrer ao teste da proporcionalidade e propõem como alternativa (“solução b”) a *judicial review, including unreasonableness*⁶⁰, mais consentânea com o princípio da separação de poderes⁶¹. Estas hesitações quanto à *metódica do princípio da proporcionalidade* no sistema britânico devem-se, a nosso ver, sobretudo aos *genes da common law*, responsáveis pela incapacidade de se estabelecer naquele sistema uma diferenciação clara entre a proporcionalidade no domínio da actividade administrativa e a proporcionalidade no domínio dos actos normativos.

right; (ii) the measures designed to meet the legislative objective are rationally connected to it; and (iii) the means used to impair the right or freedom are no more than is necessary to accomplish the objective”; mais tarde, no caso *Mahmood v. Secretary of State for the Home Department* (2001), discutem-se, precisamente, os novos caminhos para a harmonização de um escrutínio dos actos das autoridades públicas que seja “leal” à Declaração de Direitos, sem contudo pôr em causa a liberdade emergente da legitimidade democrática, considerando-se que esse caminho há-de basear-se, ainda, no *critério da razoabilidade* - v. BEATSON, MATTHEWS, ELLIOTT’S, *ob. cit.*, pp. 263.

⁵⁸ O caso *Daly v. Secretary of State for Home Department* (2001) solicitou a apreciação pelo *House of Lords* de um conjunto de normas respeitantes às buscas em celas prisionais, nas quais se impedia a presença do prisioneiro, para evitar que este apreende-se as técnicas utilizadas pelos guardas prisionais, aos quais era permitido examinar, mas não ler, a correspondência existente na cela. Mr. Daly contesta estas normas, alegando que a circunstância de não poder estar presente durante a realização das buscas punha em causa o seu direito à confidencialidade na comunicação, uma vez que nada impediria os guardas, nesse caso, de ler a sua correspondência.

⁵⁹ Cf., por todos, BEATSON, MATTHEWS, ELLIOTT’S, *ob. cit.*, pp. 267.

⁶⁰ No caso *Doherty v. Birmingham City Council* [2008] UKHL 57 discutia-se a possibilidade de uma autoridade local executar a decisão de desocupação de um terreno onde estava instalada uma família cigana que não dispunha de um título válido (licença caducada) - v. Margit COHN, *ob. cit.*, pp. 37.

⁶¹ Neste sentido v. James GOODWIN, «The last defence of Wednesbury», *Public Law*, 2012, pp. 445-467.

Já dentro dos denominados “novos ordenamentos constitucionais internacionais”, o destaque vai, em primeiro lugar, para a *adaptação* que o *direito da União Europeia* fez do *princípio da proporcionalidade*, afeiçoando-o a uma *técnica de “judicial governance”*, que permite calibrar as “finalidades e a autoridade do direito europeu” ao mesmo tempo que regula a autonomia dos Estados-membros no contexto da integração económica e política⁶². Vale a pena lembrar que os Tribunais Europeus aplicam hoje este princípio, quer no controlo de restrições a direitos fundamentais, quer no contexto da implementação das políticas públicas⁶³.

Para além dos casos já sobejamente conhecidos – *Dassonville* (C-8/74) e *Cassis de Dijon* (C-120/78) –, a mobilização deste princípio pelos Tribunais da União Europeia vem-se revelando um instrumento poderoso na “limitação” da esfera de autonomia dos Estados, seja em matéria de *direitos fundamentais e proibição de discriminação arbitrária* – veja-se o recente caso *Comissão v. Hungria* (C-286/12)⁶⁴ –, seja no domínio da implementação de políticas públicas – de que é exemplo o caso *Comissão v. Áustria* (C-320/03)⁶⁵.

Na mesma linha, o *sistema europeu de protecção de direito humanos*, que conta com o Tribunal Europeu de Estrasburgo como instrumento essencial para a garantia dos direitos previstos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, é também um dos novos domínios de eleição para a aplicação do *princípio da proporcionalidade*. Inicialmente circunscrito à busca de um mínimo denominador comum para funcionar como *standard* de direitos humanos “válido” em todos os Estados-parte, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem evoluiu para uma espécie de “instrumento vivo”, que vai impulsionando a promoção de novos direitos e garantias nos ordenamentos

⁶² Neste sentido *v.* Alec STONE SWEET / Jud MATHEWS, *ob. cit.*, pp. 142.

⁶³ Sobre estas duas dimensões e a ideia de que o controlo no domínio da violação dos direitos fundamentais é mais centrado numa “*judicial review*” do que no domínio do controlo das políticas públicas, onde a margem de apreciação é menos ampla, *v.* Margit COHN, *ob. cit.*, pp. 26.

⁶⁴ Uma decisão em que o Tribunal deu razão à Comissão e condenou a Hungria por estabelecer um limite máximo de idade (62 anos) para a cessação obrigatória da actividade dos juízes, procuradores e notários sem apresentar um fundamento razoável, o que, no entender do tribunal, “*origina uma diferença de tratamento em razão da idade que não é proporcionada relativamente aos objectivos prosseguidos, violando assim o quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional imposto pela Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000*”.

⁶⁵ Nesta ocasião, o tribunal concluiu que a Áustria violou os artigos 28.º e 29.º do TCE ao proibir a circulação de camiões com peso bruto superior a 7,5 toneladas, que transportassem determinadas mercadorias, num troço da auto-estrada A 12, no *vale do Inn*, em cumprimento das normas europeias em matéria de limites de emissões poluentes no âmbito do transporte rodoviário de mercadorias. Segundo o Tribunal, as entidades austríacas não demonstraram que este fosse o *meio menos oneroso* para cumprir aquele objectivo.

jurídicos estaduais, muitas vezes em resultado do desenvolvimento de uma metodologia próxima da germânica⁶⁶. Algo que se torna evidente não só nos casos já mencionados que envolvem o Reino Unido, mas também quando estão em causa países que adoptam uma metodologia próxima da alemã e que se vêem, nesta circunstância, confrontados com um novo juízo de ponderação efectuado pelo TEDH – o caso mais impressionante é, em nosso entender, o *López Ostra*⁶⁷.

Também o *Painel de Resolução de Litígios na Organização Mundial de Comércio* (*The Dispute Settlement Body*) convoca regularmente o princípio da proporcionalidade na

⁶⁶ É importante ter presente os estudos de Greer, onde o autor desenvolve a ideia de que a *margem de livre apreciação* (que em seu entender é uma doutrina mais do que um princípio) constitui, em boa verdade, uma salvaguarda de poder discricionário do Tribunal para se sobrepor (qualificando como violadoras da Convenção) apenas àquelas medidas estaduais que sendo adoptadas pelo poder legislativo para acorrer a interesses específicos, se revelem *desproporcionadas* relativamente ao contexto sociocultural envolvente. Por aqui se percebe que o “papel” do Tribunal não é trabalhar com *interpretações* abstractas e de validade *universal*, mas sim com *standards* ajustados culturalmente – v. Steven GREER, «The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation?», *UCL Human Rights Review*, Issue 3, 2010 (recurso on-line).

No que respeita, em especial à interpretação/realização dos artigos 8.º a 11.º da Convenção, o autor defende que a *margem de livre apreciação* é, ela própria (o mesmo é dizer que é restringido o espaço de livre valoração dos juízes), limitada por três requisitos: i) a interferência deve mostrar-se *necessária* numa sociedade democrática (não sendo despendendo saber quem tem o ónus da prova neste caso); ii) a restrição deve ser aprovada por lei ou em conformidade com a lei; iii) e proporcional relativamente à necessidade de dar resposta à pressão social. Muito interessantes são os casos que o autor apresenta para ilustrar esta interpretação e que podem ser consultados em «The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights», *Human rights files No. 17*, Council of Europe Publishing, 2000, pp. 9-10 e 35-39.

⁶⁷ Referimo-nos à decisão *López Ostra v. Spain* (Application no. 16798/90) – estavam em causa emissões sonoras e poluentes provenientes de uma fábrica de curtumes instalada em Lorca (localidade da espanhola Andaluzia), que atingiam a habitação da requerente *Gregoria López Ostra*, a qual após diversos recursos junto das entidades judiciais espanholas, sem que tivesse obtido uma resolução definitiva do problema, designadamente a anulação da licença e/ou uma indemnização pelos danos decorrentes das emissões poluentes, intentou no TEDH uma acção na qual o Tribunal haveria de condenar o Reino da Espanha, com fundamento na violação dos artigos 3.º (proibição da tortura) e 8.º (direito ao respeito pela vida privada e familiar). Apesar de as instâncias nacionais, quer judiciais (que apenas ordenaram, em uma ocasião, o encerramento temporário da indústria), quer administrativas, terem considerado, perante o conflito de direitos em causa, que o facto de a indústria respeitar as normas nacionais e europeias em matéria ambiental era suficiente para considerar *excessivo* e *desproporcionado* o seu encerramento, o Tribunal Europeu entendeu, apesar da margem de livre apreciação, que o conflito justificava uma ponderação diferente, favorável à prevalência da posição jurídica da requerente – “In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole, and in any case the State enjoys a certain margin of appreciation (...) Having regard to the foregoing, and despite the margin of appreciation left to the respondent State, the Court considers that the State did not succeed in striking a fair balance between the interest of the town’s economic well-being - that of having a waste-treatment plant - and the applicant’s effective enjoyment of her right to respect for her home and her private and family life”.

formulação das suas decisões. Recorde-se que este *Painel* tem uma natureza jurídica especial – é um *trustee court*, na expressão de alguns⁶⁸ – e os problemas que resolve resultam, maioritariamente, numa tarefa hermenêutica de densificação do âmbito de aplicação das “*excepções gerais*” à proibição de entraves à liberdade de comércio internacional, previstas no artigo XX do *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT).

É exactamente neste contexto de balanceamento de interesses e valores que aquele órgão acaba por convocar e aplicar o princípio da proporcionalidade – de um lado, a liberdade de comércio, e, de outro, interesses invocados pelos Estados na justificação das barreiras impostas àquela liberdade que se reconduzem à necessidade de proteger: “o interesse público e interesses morais” (art. XX/a), “a saúde e a vida humana, animal ou vegetal” (art. XX/b) ou “a conservação de recursos naturais esgotáveis” (art. XX/g), para dar apenas alguns exemplos.

Para o *mecanismo de composição de litígios da OMC*, o princípio da proporcionalidade reconduz-se, no essencial, ao *reasonably available alternative test*⁶⁹, que obriga os Estados que pretendem implementar medidas restritivas do comércio internacional a justificá-las de acordo com o critério da *necessidade*⁷⁰ e da *proporcionalidade em sentido restrito*, onde não pode deixar de ser ponderada a posição dos restantes membros daquela organização⁷¹.

⁶⁸ Cf. Alec Stone Sweet / Jud Mathews, *ob. cit.*, pp. 154.

⁶⁹ A doutrina defende que esta compreensão do *princípio da proporcionalidade* como instrumento de balanceamento de interesses e valores no domínio da liberdade de comércio internacional constitui um *acquis* anterior à própria constituição da OMC, tal como hoje a conhecemos, com os *Painéis* de resolução de litígios, sendo possível fazer remontar a origem do *reasonably available alternative test* à solução do litígio U.S. – *Section 337 of the Tariff Act of 1937*, em 1989 (BISD 36S/345). Estava em causa uma disputa entre a Comunidade Europeia e os EUA, baseada na violação do art. III/4 do GATT, respeitante a um tratamento diferente da protecção de patentes em função do lugar de produção do bem, diferença que resultava de os Estados Unidos “bloquearem” o acesso aos tribunais na solução destes litígios, atribuindo aquela competência à *International Trade Commission*, uma agência que adoptava padrões menos intensos de protecção da liberdade de comércio. O painel de árbitros chamado a decidir este litígio acolheu a fundamentação da Comunidade Europeia, para quem esta decisão não respeitava o *critério da necessidade*. A doutrina destaca o papel de Pescatore enquanto membro do Painel, e o facto de ele estar bastante familiarizado com o *teste da proporcionalidade* aplicado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, onde as partes são obrigadas a justificar a *necessidade* da medida relativamente a outras menos restritivas das liberdades económicas. Os autores sublinham, mesmo, que foi a *circulação de juizes europeus* pelos órgãos jurisdicionais destes sistemas internacionais que permitiu “globalizar” o *princípio da proporcionalidade* – v. Alec STONE SWEET / Jud MATHEWS, *ob. cit.*, pp. 157 e 160ss.

⁷⁰ V. os casos *Thai Cigarettes* (1990, BISD 37S/200) e *Korea-Beef* (2001, DS161 e DS169).

⁷¹ Sobre as diversas cambiantes deste tipo de controlo aplicado ao artigo XX do GATT v. Mads ANDENAS / Stefan ZLEPTING, «Proportionality: WTO Law: in Comparative Perspective», *Texas International Law Journal*, 2007, pp. 412 e ss.

No caso que opôs os Estados Unidos à China a propósito da adopção por esta de medidas restritivas em matéria de transacção de direitos sobre conteúdos audiovisuais – caso *China-Publications and Audiovisual Products* (2007, DS363) – pode ler-se o seguinte: “*regarding China's Article XX(a) defence, which concerned reading materials and finished audiovisual products, the panel determined that, because there was at least one other reasonably available alternative, China's measures were not “necessary” within the meaning of Article XX(a)*”. O mesmo parâmetro havia também sido seguido no caso *US-Shrimps* (1998, DS58), em que o *panel de resolução de litígios* considerou que os EUA não estavam a incumprir o GATT, embora a justificação aceite ao abrigo do artigo XX(g) (“protecção de recursos esgotáveis”) se tenha baseado não na “proibição do produto” e sim do “processo de produção adoptado”, o qual, nas palavras do texto da solução do litígio, é qualificado da seguinte forma: “[T]he *chapeau* of Article XX is, in fact, but one expression of the principle of good faith. This principle, at once a general principle of law and a general principle of international law, controls the exercise of rights by states”.

Por último, vale a pena também fazer referência à aplicação do *princípio da proporcionalidade* pelas instâncias internacionais que resolvem os litígios da arbitragem do direito do investimento estrangeiro directo, em especial as decisões do *International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID*⁷². Trata-se de um sistema em regra accionado por força dos *Tratados de Investimento Bilaterais ou Multilaterais* (*Bilateral Investment Treaties – BIT* ou *Multilateral Investment Treaties – MIT*), segundo o qual os litígios são resolvidos, maioritariamente, através da aplicação de *standards* de direito económico internacional⁷³, os quais consubstanciam parâmetros de decisão

⁷² O ICSID foi instituído pela Convenção de Washington de 1965 (uma Convenção sobre Acordos de Disputas de Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados, que conta actualmente com 157 países signatários) e integra o sistema de incentivo e protecção do investimento estrangeiro directo regulado sob as directrizes do Banco Mundial. Apesar de instituído em 1965, o ICSID esteve quase sem actividade até 1990, data em que os litígios em matéria de investimento estrangeiro directo se multiplicaram e fizeram emergir o direito do investimento estrangeiro directo como um ramo de direito especial dentro do direito global ou transnacional – v. DOLZER / SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 2.

⁷³ Estes *standards de protecção* que se formaram a partir das decisões arbitrais dos litígios e que hoje se integram no que podemos denominar como uma categoria especial do *direito costumeiro internacional*, visam essencialmente garantir a posição jurídica do investidor estrangeiro durante o tempo em que este se encontra numa situação de especial fragilidade, na medida em que os investimentos directos estão em regra associados a contratos de longa duração, assentes em projectos de capital intensivo, que deixam o investidor numa situação especialmente vulnerável no que respeita, quer à amortização do capital investido, quer à realização dos lucros projectados, uma vez que o exercício de poderes soberanos pelos Estados que acolhem o investimento – Estados-hospedeiros ou Estados-anfitriões – são aptos a frustrar (e muitas vezes

suficientemente abertos⁷⁴, onde se incorporam aspectos das normas jurídicas dos Estados que acolhem o investimento.

De resto, o próprio artigo 42(1) da Convenção de Washington estipula que, na ausência de acordo entre as partes no que respeita ao direito aplicável, o tribunal deve aplicar o direito interno (incluindo as regras sobre conflitos de normas) dos Estados e as normas e princípios de direito internacional, incluindo, claro está, o *jus cogens*⁷⁵.

Uma norma que suscita diversas questões quanto à forma como estas fontes de direito são mobilizadas, podendo interpretar-se a mobilização do direito internacional como uma fonte de natureza *complementar* (só utilizável quando exista uma lacuna no direito interno) ou como uma fonte de natureza *correctiva* (caso em que o tribunal deve começar por analisar a solução ditada pelo direito interno e posteriormente verificar se a mesma respeita os princípios e os standards do direito internacional), ou como ambas, tal como se afigura ter sido definido logo nos casos *Klöckner v. Cameroun* (ICSID ARB/81/2) e *Amco v. Indonésia* (ICSID ARB/81/1), os quais estão na origem da doutrina *Klöckner-Amco*, que dá *prevalência* aos princípios de direito internacional na resolução dos litígios em matéria de investimento estrangeiro, segundo as normas da Convenção de Washington.

Esta doutrina evoluiu no sentido da *prevalência geral do direito internacional*, mesmo nos casos em que as partes escolhiam o direito nacional como ordem jurídica para a resolução do litígio, e acabou por ser contraditada, primeiro, no caso *Wena v. Egipto* (ICSID ARB/98/4), onde se sublinhou o facto de as duas ordens jurídicas (do Estado interno e do direito internacional) concorrerem para a solução do litígio, resultando daí uma margem de livre apreciação para o tribunal na convocação de aspectos de uma e outra. Esta nova interpretação, que ficaria conhecida como *doutrina Wena*, acabaria por ser definitivamente consagrada nos casos *CMS v. Argentina* (ICSID ARB/01/8) e *Azurix v. Argentina* (ICSID ARB/01/12)⁷⁶.

fazem-no de forma intencional e deliberada) as *expectativas legítimas* dos investidores. Vale a pena lembrar que este sistema foi concebido pelo Banco Mundial como instrumento para impulsionar o desenvolvimento económico em países em vias de desenvolvimento, onde a interferência do Estado na economia é muito significativa e onde a estabilidade política não é a regra.

⁷⁴ Entre os principais *standards de protecção* destacam-se: o *Fair and Equal Treatment* (cláusula FET), o *Most-Favoured-Nation Treatment*, a cláusula *force majeure*, e a *proibição de expropriação directa ou regulatória* – v. DOLZER / SCHREUER, *ob. cit.*, pp. 89-194.

⁷⁵ Cf. Michael REISMAN, «The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provisions and the Question of Its Threshold», *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 362, 2000.

⁷⁶ Sobre a evolução desta interpretação v. Florian GRISEL, *L'Arbitrage International ou le Droit contre l'Ordre Juridique*, Fondation Varenne, L.G.D.J., Paris, 2011, pp. 54-69.

Actualmente, nos litígios decididos no âmbito do sistema *ICSID*, os árbitros gozam de um espaço de discricionariedade no modo como combinam e aplicam os diversos parâmetros normativos na solução dos litígios, apresentando, em regra, uma combinação entre o direito interno e as fontes de direito internacional, na qual avulta a *aptidão do princípio da proporcionalidade* para ditar a medida dessa combinação em relação aos resultados alcançados, uma vez que, tal como acontece no controlo de constitucionalidade de actos legislativos, a solução alcançada pelo tribunal arbitral há-de, a seu modo, procurar respeitar os poderes soberanos (legislativo e executivo) do Estado que acolhe o investimento, sem deixar de procurar uma solução de optimização da conduta desse Estado no sentido de proteger a posição jurídica do investidor estrangeiro⁷⁷.

O domínio de aplicação do *princípio da proporcionalidade* é neste caso o das situações em que o Estado que acolhe o investimento adopta uma conduta que pode ser qualificada como *expropriação indirecta*⁷⁸, violadora do *standard FET*⁷⁹ ou em que o Estado invoque uma situação de estado de necessidade financeiro⁸⁰. É sobretudo no domínio do *standard FET* que o princípio da proporcionalidade se mostra, em nosso entender, mais adequado à realização dos testes da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito, obrigando o Estado a justificar as medidas adoptadas, não só sob o ponto de vista de serem as menos lesivas para os interesses do investidor (o que envolve uma dimensão procedimental do *standard* associada à

⁷⁷ Neste sentido *v.* Andreas KULICK, *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2012, pp. 172.

⁷⁸ O conceito de *expropriação indirecta* no direito do investimento estrangeiro é controverso, mas podemos socorrer-nos, a título ilustrativo, do que se afirmou no caso *Metalclad v. Mexico* [ICSID ARB (AF)/97/1] “*expropriação, segundo o NAFTA, inclui não apenas os actos deliberados de apropriação directa de direitos patrimoniais por parte do Estado, mas abrange também interferências incidentais sobre o uso da propriedade das quais resulte uma privação do respectivo titular, na totalidade ou em parte significativa, dos benefícios económicos por ela gerados ou que razoavelmente era expectável que fossem gerados, ainda que dessa privação não resulte um benefício correspondente para o Estado*” (tradução nossa) – *v.* DOLZER / SCHREUER, *ob. cit.*, pp. 99.

⁷⁹ O *standard FET* está hoje presente em diversos Tratados multilaterais e bilaterais de protecção do investimento estrangeiro, tendo sido elevado a um *princípio de direito costumeiro* inarredável na resolução de litígios sobre esta matéria. Originário dos textos dos tratados de amizade comercial e de navegação, este *standard* impede os Estados de adoptarem condutas discriminatórias, procurando, por esta via, garantir um quadro normativo mínimo para a estabilidade dos direitos dos investidores estrangeiros. A partir desta formulação são extraídas diversas acepções complementares, que o transformam no *standard* mais denso e complexo do direito do investimento estrangeiro – *v.* Roland KLÄGER, ‘*Fair and Equitable Treatment*’ in *international investment law*, Cambridge University Press, 2011.

⁸⁰ Cf. KULICK, *ob. cit.*, pp. 183.

necessidade de o co-envolver na decisão⁸¹), mas também por ser justificável a sua adopção tendo em vista a prossecução do interesse público legítimo. No domínio da protecção dos investidores estrangeiros, o que encontramos, maioritariamente, são situações de *frustração de expectativas legítimas* e não propriamente uma restrição de direitos patrimoniais, o que exige um reforço da argumentação anterior, com uma análise mais profunda da *relação de complementaridade* entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da protecção da confiança legítima⁸².

3. As variações da *metódica de controlo da proporcionalidade* e a posição do Tribunal Constitucional português

As referências às diferentes concepções e aplicações do *princípio da proporcionalidade* permitiram-nos compreender que ele admite diversas combinações: i) um *controlo único* baseado em juízos de evidência quanto à razoabilidade ou irrazoabilidade da medida (*princípio da razoabilidade*), que encontramos nos sistemas de matriz britânica onde se privilegia a expressão do legítimo poder democrático; ii) um *controlo de triplo teste*, “à alemã”, que procura uma combinação entre a *razoabilidade* e o *balanceamento*⁸³; iii) um *controlo duplo* fundado nos testes da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito, divulgado sobretudo na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União

⁸¹ Uma das dimensões do *standard FET* é precisamente a dimensão procedimental, da qual se extrai a indispensabilidade de um *fair procedure* na adopção da medida, traduzindo-se num processo de auscultação e ponderação de argumentos a favor e contra a medida – v. Roland KLÄGER, *ob. cit.*, pp. 153.

⁸² Cf. o nosso «Razão de Estado e princípio da razoabilidade», in *Problemas jurídicos na promoção da sustentabilidade no quadro do Estado Fiscal*, FDUC, 2013 (em publicação).

⁸³ Para alguns autores o *balanceamento* é o correspondente da proporcionalidade nos sistemas de *common law*, em especial, no domínio do controlo da actividade das *agencies* norte-americanas cujas decisões em zonas de *discretionariedade* se subordinam apenas ao *arbitrary and capricious test* ou ao “teste de perda de racionalidade entre a medida e a finalidade” (*loose rational relation test*). Na *regulação* – que, como dissemos, consideramos tratar-se de uma quarta função do Estado – coexistem dois momentos ou dinâmicas, o controlo da actividade dos regulados pela entidade reguladora – onde é fundamental limitar a intervenção ao necessário para garantir o bom funcionamento do mercado sem comprometer as liberdades económicas do sector e sem adulterar a sua função de regulador neutral (neste sentido v. Johannes MASING, «typologie des missions des autorités administrative indépendantes», in *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, Société de Législation Comparée, Paris, 2011, pp. 181 e ss) – e o controlo dos actos das entidades reguladoras pelas entidades judiciais – onde avultam limites funcionais relevantes, condicionados por um juízo de *razoabilidade* (v. Francesco DENOZZA, «Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti “regolatrici”», *Mercato Concorrenza Regole*, n.º 3, 2000, pp. 469-490).

Europeia; iv) o controlo único fundado no teste da proporcionalidade em sentido restrito (*princípio da ponderação*), mais divulgado na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em razão da doutrina da margem de livre apreciação; e, ainda, v) o teste da necessidade (*reasonably available alternative test*), especialmente relevante nos espaços de integração económica, com particular destaque para a OMC e para algumas decisões da arbitragem do investimento.

Entre nós, o Tribunal Constitucional também vai procurando algum conforto para as suas decisões no contexto da jurisprudência estrangeira, embora não se mostre propriamente arrojado no emprego da metódica comparatística.

Na verdade, analisando os principais arestos que fizeram aplicação da metódica da proporcionalidade podemos dizer que a nossa jurisprudência constitucional não tem “trabalhado” muito o *princípio da proporcionalidade*, não obstante proceder recorrentemente à sua aplicação para decidir questões muito diversas – seja nos casos de restrições legais a direitos fundamentais, seja de regulação geral de políticas públicas que contenda com o âmbito de protecção de normas consagradoras de direitos fundamentais e que acabe também por *frustrar expectativas legítimas*.

Primeiramente o princípio foi convocado no *Acórdão n.º 634/93* para fundamentar a inconstitucionalidade da “norma do artigo 132º do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante, aprovado pelo Decreto-Lei nº 33.252, de 20 de Novembro de 1943, na parte em que estabelecia a punição como desertor daquele que, sendo tripulante de um navio e sem motivo justificado, o deixasse partir para o mar sem embarcar, quando tal tripulante não desempenhasse funções directamente relacionadas com a manutenção, segurança e equipagem do mesmo navio”. Nesta ocasião, o tribunal limitou-se a transcrever o que Gomes Canotilho e Vital Moreira afirmavam na Constituição anotada: “o *princípio da proporcionalidade* desdobra-se em três subprincípios: *princípio da adequação* (as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio adequado para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direi-tos ou bens constitucionalmente protegidos); *princípio da exigibilidade* (essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato); *princípio da justa medida, ou proporcionalidade em sentido estrito* (não poderão adoptar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos)”.

Mais tarde, no *Acórdão n.º 187/2001*, o Tribunal volta a transcrever aquela formulação da doutrina para explicitar novamente o conteúdo do princípio e

“acrescenta” uma indicação quanto ao *modo de aplicação daqueles subprincípios*, deixando claro o seu entendimento de que a respectiva aplicação deveria obedecer a uma sucessão temporal: “[N]um primeiro momento perguntar-se-á se a medida legislativa em causa (...) é apropriada à prossecução do fim a ela subjacente (...) Num segundo momento, há que questionar a possibilidade de adopção de medidas menos intrusivas com os mesmos efeitos na prossecução do fim visado (...)”⁸⁴ Por último, retira-se ainda do princípio de proporcionalidade um último critério, designado como proporcionalidade em sentido estrito ou critério de justa medida (...) Trata-se, pois, de exigir que a intervenção, nos seus efeitos restritivos ou lesivos, se encontre numa relação “calibrada” – de justa medida – com os fins prosseguidos, o que exige uma ponderação, graduação e correspondência dos efeitos e das medidas possíveis”.

No acórdão n.º 187/2001 a metódica do princípio da proporcionalidade torna a ser abordada, desta feita para vincar a diferença no controlo da proporcionalidade dos actos administrativos e dos actos legislativos – a questão controvertida referia-se às normas sobre a titularidade dos alvarás das farmácias –, concluindo o Tribunal que “enquanto a administração está vinculada à prossecução de finalidades estabelecidas, o legislador pode determinar, dentro do quadro constitucional, a finalidade visada com uma determinada medida”⁸⁵, de onde se infere uma mitigação do controlo do princípio da necessidade em nome da prevalência do princípio da legalidade democrática que

⁸⁴ Sobre o princípio da necessidade acrescenta ainda o acórdão que: “É, porém, certo que medidas que sejam de considerar necessárias ou exigíveis não podem deixar de ser também adequadas (embora o inverso não seja verdadeiro). Assim, na prática, a verificação da necessidade ou exigibilidade resolve logo também a da adequação. A verificação da necessidade ou exigibilidade pode envolver, por outro lado, uma avaliação in concreto da relação empírica entre as medidas e os seus previsíveis efeitos, à luz dos fins prosseguidos, para apurar a previsível maior ou menor consecução dos objectivos pretendidos, perante as alternativas disponíveis”.

⁸⁵ O acórdão é suficientemente explícito quanto a esta questão, pelo que nos limitamos a transcrever um excerto: “Ora, não pode deixar de reconhecer-se ao legislador – diversamente da administração –, legitimado para tomar as medidas em questão e determinar as suas finalidades, uma “prerrogativa de avaliação”, como que um “crédito de confiança”, na apreciação, por vezes difícil e complexa, das relações empíricas entre o estado que é criado através de uma determinada medida e aquele que dela resulta e que considera correspondente, em maior ou menor medida, à consecução dos objectivos visados com a medida (que, como se disse, dentro dos quadros constitucionais, ele próprio também pode definir). Tal prerrogativa da competência do legislador na definição dos objectivos e nessa avaliação (com o referido “crédito de confiança” – falando de um “Vertrauensvorsprung”, v. Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte. Staatsrecht II, 14.ª ed., Heidelberg, 1998, n.ºs 282 e 287) afigura-se importante sobretudo em casos duvidosos, ou em que a relação medida-objectivo é social ou economicamente complexa, e a objectividade dos juízos que se podem fazer (ou suas hipotéticas alternativas) difícil de estabelecer”.

justifica a “*prerrogativa da competência do legislador*”, embora sem que dessa mitigação resulte um mero controlo de razoabilidade “*à britânica*”⁸⁶.

O tema do conteúdo e da metódica do princípio da proporcionalidade são retomados outra vez no Acórdão n.º 632/2008, onde o tribunal adopta, a nosso ver, uma posição favorável à preponderância do *princípio da proporcionalidade em sentido restrito* quando aí se afirma que: “*a ideia de proporção ou proibição do excesso – que, em Estado de direito, vincula as acções de todos os poderes públicos – refere-se fundamentalmente à necessidade de uma relação equilibrada entre meios e fins: as acções estaduais não devem, para realizar os seus fins, empregar meios que se cifrem, pelo seu peso, em encargos excessivos (e, portanto, não equilibrados) para as pessoas a quem se destinem*”.

Trata-se, neste caso, de promover uma preponderância do subprincípio da proporcionalidade em sentido restrito, cuja principal preocupação é “*medir a relação concretamente existente entre a carga coactiva decorrente da medida adoptada e o peso específico do ganho de interesse público que com tal medida se visa alcançar*”⁸⁷. Isto apesar de a fundamentação da inconstitucionalidade da norma que alargava os prazos do período experimental dos trabalhadores indiferenciados se ter “*fundamentado*” no *princípio da necessidade*, mas numa leitura muito especial deste princípio – acrescentamos nós.

Com efeito, afirma-se no texto do acórdão que o *teste da necessidade* exige uma avaliação do caso concreto, mas depois percebemos que essa convocação da realidade não visa a busca de alternativas reais menos onerosas, mas antes proceder a “*uma específica forma de ponderação, ou de avaliação, do modo pelo qual a restrição legislativa de um direito procede à necessária realização da tarefa de concordância prática entre bens ou interesses conflitantes*”. É certo que o aresto se socorre de um *tertium comparationis* – o período de tempo experimental dos trabalhadores especializados – para justificar o *excesso*, mas o que em boa verdade consegue é um apoio no princípio da igualdade, e na ausência de fundamentação mais densa da medida legislativa, para a sua qualificação como desproporcionada face ao fim. A sua fundamentação repousa, por conseguinte, num

⁸⁶ Na verdade, em nosso entender, o Tribunal não chega sequer neste caso a subscrever a posição defendida por Vieira de Andrade no sentido de deverem ser consideradas conformes com o *princípio da proporcionalidade* as medidas que, embora não consubstanciando em concreto a opção menos restritiva do direito, ainda assim se inscrevam “dentro dos limites da razoabilidade exigível” – *v. ob. cit.*, pp. 288 (nota 65).

⁸⁷ O Tribunal aproveita para reiterar neste aresto dois pontos já sublinhados em 2001: a sequência temporal na aplicação dos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito, e a liberdade de conformação do legislador como limite funcional da decisão judicial.

juízo de *desproporção relativa*⁸⁸, e não verdadeiramente numa referência a alternativas menos onerosas, capazes de justificar a invalidade da medida. Solução que, de resto, é consentânea com a argumentação antes expendida a propósito do respeito devido pela margem de livre conformação do legislador.

Por último, esta compreensão do princípio da proporcionalidade como *preponderância do subprincípio da proporcionalidade em sentido restrito* é reiterada no *acórdão n.º 119/2010*, quando o Tribunal Constitucional afirma o seguinte: “*só pode concluir-se pela violação do princípio da proibição do excesso, por ausência de uma relação equilibrada entre meios e fins*” (estava em causa a apreciação de uma norma que permitia o acesso às fichas individuais dos associados para efeitos de auditar as associações ambientais da Região Autónoma dos Açores).

Em suma, o Tribunal Constitucional português tem trabalhado o princípio da proporcionalidade a partir de três postulados essenciais: i) o princípio caracteriza-se pelo triplo teste “*à alemã*” e com uma aplicação sucessiva e não simultânea dos três subprincípios densificadores (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito); ii) a aplicação do princípio deve respeitar o espaço de livre conformação legislativa e sobrepor-se a ele, fundamentalmente, em caso de “*erro manifesto de apreciação*”⁸⁹; iii) o *princípio da igualdade* é utilizado como complemento da

⁸⁸ Uma argumentação que também foi utilizada no *Acórdão n.º 396/2011*, quando o Tribunal esboçou uma tentativa de promover o teste da necessidade no controlo das medidas orçamentais de corte dos subsídios de férias e de Natal dos “trabalhadores em funções públicas”, da qual resultou a seguinte formulação: “*quanto à necessidade, um juízo definitivo terá que ser remetido para a análise subsequente, à luz do princípio da igualdade, a que o princípio da proporcionalidade também está associado. Implicando a ponderação de eventuais medidas alternativas, designadamente as que produziriam efeitos de abrangência pessoal mais alargada, é nessa sede que a questão poderá ser mais cabalmente tratada e decidida*”. Neste caso, e pese embora a circunstância de o carácter *excessivo* da medida se ter estribado no tratamento desproporcionadamente desigual de trabalhadores em funções públicas e trabalhadores do sector privado decorrente da medida, não faltaram críticas da doutrina, considerando que se tratava de um “excesso” nos poderes do tribunal e de uma “interferência inadmissível” na liberdade de conformação política.

⁸⁹ O mesmo é dizer que da sua aplicação não resulta nem pode resultar uma substituição da decisão do legislador pela decisão do tribunal, entendimento que encontramos expressamente consagrado no *Acórdão n.º 187/2001*: “*Significa isto, pois, que, em casos destes, em princípio o Tribunal não deve substituir uma sua avaliação da relação, social e economicamente complexa, entre o teor e os efeitos das medidas, à que é efectuada pelo legislador, e que as controvérsias geradoras de dúvida sobre tal relação não devem, salvo erro manifesto de apreciação – como é, designadamente (mas não só), o caso de as medidas não serem sequer compatíveis com a finalidade prosseguida –, ser resolvidas contra a posição do legislador. Contra isto não vale, evidentemente, o argumento de que, perante o caso concreto, e à luz do princípio da proporcionalidade, ou existe violação – e a decisão deve ser de inconstitucionalidade – ou não existe – e a norma é constitucionalmente conforme. Tal objecção, segundo a qual apenas poderia existir “uma resposta certa” do legislador, conduz a eliminar a liberdade de conformação legislativa, por lhe escapar o essencial: a própria averiguação jurisdicional da existência de uma inconstitucionalidade, por violação do princípio da proporcionalidade por uma determinada norma, depende justamente de se poder*

proporcionalidade na realização do *teste da necessidade*, dele extraindo o tribunal um juízo quanto à *onerosidade relativa e sistémica* da medida, o que, na sua interpretação, lhe permite não tolher a preferência do legislativo na formulação das opções políticas.

Ora, por tudo quanto vimos de dizer, esta interpretação adoptada pelo Tribunal Constitucional português afigura-se-nos deficiente em diversos aspectos: i) em primeiro lugar, porque ao aplicar o princípio, sempre “à alemã” – especialmente quando adopta deliberadamente esta mesma metódica, seja no controlo de restrições legislativas de direitos fundamentais (aplicação directa do artigo 18.º/2 da CRP), seja na fiscalização de outros actos do Estado que, ao regular determinadas matérias, acabem tolhendo direitos e liberdades fundamentais⁹⁰ –, não distingue convenientemente o *grau de deferência* que deve merecer o poder legislativo e que deve ser marcadamente mais limitado quando estamos no domínio de restrições directas a direitos fundamentais; ii) em segundo lugar, por se “demitir” (sempre) do controlo ou do *teste da necessidade* em concreto, em nome do respeito pela margem de livre conformação do poder legislativo, não procurando traçar aqui uma *marca cultural distintiva do sistema português*, que resulta da circunstância de o Governo dispor de poder legislativo próprio, o que lhe permite prosseguir a função executiva ou de condução de políticas sob a forma legislativa, sendo que, neste segundo caso, essas medidas político-legislativas não deviam merecer da parte do controlo de constitucionalidade o mesmo grau de autocontenção que foi pensado nos sistemas britânico e alemão para as medidas legislativas emanadas dos parlamentos; iii) em terceiro lugar, esta autocontenção do controlo de constitucionalidade no plano interno, especialmente quando nos localizamos no domínio da condução multinível das políticas públicas⁹¹, “abre caminho” para a busca de um controlo de proporcionalidade dos actos jurídico-normativos nacionais junto dos Tribunais de Justiça da União Europeia, onde o *teste da necessidade* tem efectividade; iv) por último, a ausência de um *controlo de razoabilidade* que complemente o teste da proporcionalidade acaba muitas vezes por “perturbar” a realização do direito e da justiça, pois não basta que o interesse

detectar um erro manifesto de apreciação da relação entre a medida e seus efeitos, pois alguém desse erro deve deixar-se na competência do legislador a avaliação de tal relação, social e economicamente complexa.”

⁹⁰ Posição assumida de forma expressa no *Acórdão n.º 632/2008*.

⁹¹ Recorde-se que entre nós a transposição de actos jurídicos da União Europeia para a ordem jurídica interna tem de fazer-se por acto legislativo *ex vi* o artigo 112.º/8 da CRP, o que conduz a “trasvestir” em actos legislativos muitos actos que juridicamente (substantivamente) têm natureza administrativa – algo que o desenvolvimento doutrinário recente do *direito administrativo europeu* veio tornar ainda mais evidente.

público seja relevante e preferente, e que o interesse a prosseguir seja legítimo, é necessário que ele passe um teste de racionalidade e de razoabilidade, o mesmo é dizer, pelo crivo das novas exigências em matéria de racionalidade da acção pública.

4. O *tetralema* do princípio da proporcionalidade

O percurso anterior, embora breve e sintético, como exige a economia de um escrito desta natureza, foi suficiente, em nosso entender, para tornar claras as novas vocações do *princípio da proporcionalidade* enquanto parâmetro judicial de controlo de medidas legislativas. O objectivo central destas linhas é revelar diferentes metódicas de *realização* do princípio, e mostrar que a diferença deixou de estabelecer-se apenas, como até aqui tem sido geralmente aceite pela doutrina e pela jurisprudência nacionais, entre a sua *realização* no domínio da acção das entidades públicas administrativas⁹² e da acção dos órgãos judiciais, e dentro desta segunda variante, entre o controlo dos actos administrativos⁹³ e o controlo dos actos legislativos – também no controlo dos actos do legislador que restringem ou contendem com direitos fundamentais é importante “melhorar” a metódica de controlo da proporcionalidade.

Com efeito, existem diferenças assinaláveis na *realização* do princípio, mesmo quando se trata de fiscalizar normas legislativas.

Assim, no caso da restrição legislativa de direitos fundamentais podemos distinguir três situações: i) a *ponderação perante circunstâncias concretas* (após a verificação da legitimidade dos meios e dos fins), típica de estados de urgência, necessidade ou excepionalidade (cada vez mais recorrentes), onde se admite um *controlo judicial mais intenso* da necessidade da medida em relação directa com a restrição, em regra, mais abrangente; ii) as hipóteses, mais comuns, em que estamos perante um acto legislativo que visa solucionar, em abstracto, a colisão entre dois

⁹² A análise da *proporcionalidade* das medidas administrativas obedece a uma metódica distinta, onde a principal preocupação consiste em controlar a juridicidade das decisões adoptadas pelas entidades administrativas, sob as vestes do uso de poderes de autoridade, nos espaços de valoração próprios (discrecionariedade) que o legislador lhes confere – sobre o tema em geral, *v.*, por último, Michael NEUPERT, *Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.

⁹³ Hoje sublinha-se a “redução” do espaço dos juízos de oportunidade (*Zweckmäßigkeit*) em consequência da normativização de novos parâmetros como a eficiência, a programação estratégica e a sustentabilidade – *v.* Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2.^a ed., Springer, 2006, pp. 207 e 315 e ss.

direitos ou entre direitos e interesses comunitários e onde impera um *balanceamento* entre aqueles, admitindo-se um controlo judicial *menos intenso* quanto ao teste da necessidade da medida (quando comparado com a ponderação em concreto)⁹⁴, justificado pela inexistência de elementos de facto, mas *mais intenso* do que no terceiro caso; *iii*) em que a restrição aos direitos resulta apenas, indirectamente, de normas que se destinam essencialmente a prosseguir certas políticas públicas⁹⁵.

Já quando estamos perante actos legislativo de prossecução de certas políticas ou finalidades públicas que acabam por restringir ou limitar (e não apenas conformar) direitos – em especial liberdades económicas – assistimos, quase sempre, a situações de *imbricação* entre a metódica da proporcionalidade e a da protecção das *expectativas legítimas*⁹⁶, no contexto do que a doutrina germânica designa como *princípio fundamental da continuidade*⁹⁷. Algo que no plano do “novo direito internacional económico” se vem também desenvolvendo através do que os autores denominam como *harmonização jurídica*, onde se procura, através da hermenêutica e do recurso à metodologia do direito comparado, encontrar soluções para os conflitos que envolvem diversos ordenamentos jurídicos⁹⁸ – em especial no comércio internacional e no investimento

⁹⁴ Um bom exemplo deste segundo grupo de situações refere-se às normas que regulam o exercício da liberdade de imprensa e onde o legislador consagra regras que visam conciliar o conflito entre aquela liberdade fundamental e direitos de natureza pessoal, como a reserva da intimidade da vida privada, ou mesmo o direito ao bom nome – *v.*, entre nós, Jónatas MACHADO, *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra Editora, 2002; em relação à “*strict scrutiny*” americana *v.* Adam WINKLER, «Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts», *UCLA School of Law Research Paper No. 06-14*, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=897360>.

⁹⁵ Será o caso da restrição do direito à autodeterminação em matéria de tratamento de dados pessoais quando está em causa: *i*) a ameaça concreta e presente de um ataque terrorista (*ponderação perante circunstâncias concretas*); *ii*) a constituição de uma base de dados sobre agentes de crimes (*restrição legislativa que obriga a um balanceamento em abstracto*); e *iii*) a instalação de um sistema de regulação inteligente do trânsito (*restrição legislativa indirecta*).

⁹⁶ A protecção das *expectativas legítimas* (também conhecido como *princípio da protecção da confiança legítima*) reporta-se ao problema jurídico da “*justa conciliação*” entre a protecção das expectativas desenvolvidas pelos indivíduos enquanto destinatários de determinados actos do poder público (*expectativas legítimas*) e a necessidade de actualização das opções políticas em função das necessidades ditadas pelo interesse geral. Este é um domínio jurídico que também tem sofrido alterações profundas e onde, perante o actual contexto de crises económicas recorrentes, se deve insistir mais no aprofundamento da dimensão procedimental e processual, ou seja, na “*fair change of politic*”, do que na dimensão material da consolidação dos direitos – *v.* Robert Thomas, *Legitimate expectations and proportionality in administrative law*, Hart Publishing, Oxford, 2000, pp. 41 e ss.

⁹⁷ Sobre este princípio *v.* Anna LEISNER, *Kontinuität als Verfassungsprinzip*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.

⁹⁸ A doutrina sublinha a preocupação dos decisores destes litígios – em regra árbitros que actuam *sob nomeação* dos Estados mas *com mandato de ordenamentos especiais* (seja em defesa do “*sistema OMC*”, seja em defesa do “*sistema jurídico de protecção do investimento estrangeiro*”

estrangeiro, as principais áreas que, conjuntamente com o ambiente e os direitos humanos, contribuíram para a fragmentação do direito internacional – segundo a aplicação do princípio da proporcionalidade (em especial do subprincípio da necessidade), conjugado com o princípio da razoabilidade.

É que neste domínio não pode aplicar-se a *metódica da proporcionalidade “qua tale”*, concebida como “estrutura de análise e resolução de um conflito entre direitos ou entre direitos e valores”⁹⁹, é necessário “temperá-la” com a *metódica da razoabilidade*, mais ajustada ao controlo do exercício de poderes ou competências. A *proporcionalidade* é um parâmetro normativo que permite escrutinar materialmente uma medida concreta ou um acto normativo, mas quando o órgão de controlo não tem legitimidade para se substituir na decisão (porque enfrenta limites funcionais), então a sua análise, para ser legítima, tem de limitar-se a um juízo de “clareza”, “evidência”, “percepção racional” da violação dos parâmetros – o mesmo é dizer, há-de amparar-se num controlo de *razoabilidade*.

Nesta conformidade, resulta para nós evidente que, presentemente, a discussão quanto à metódica do princípio da proporcionalidade não pode limitar-se à tradicional abordagem “à alemã”, que parece ter sido “adoptada” pelo Tribunal Constitucional português (mas também pelos tribunais administrativos e fiscais), sobretudo quando é o próprio tribunal que depois limita essa metódica ao pontuar a necessidade de autocontenção perante o poder legislativo – numa interpretação onde, em nosso entender, acaba por cometer alguns “excessos de autocontenção” quando está em causa o escrutínio de actos legislativos do Governo em matéria de implementação de políticas públicas europeias¹⁰⁰, forçando a “deslocar” o nível de controlo para o plano europeu, com uma clara perda para a margem de identidade cultural do nosso sistema jurídico. A metódica deve *ajustar-se* ao caso e complementar-se com o *princípio da*

especialmente associado ao *sistema de Washington*”) – em encontrar uma metodologia que não se reconduza à simples solução de conflitos entre ordenamentos jurídicos, nem à mera aplicação e interpretação do direito internacional, mas antes a uma *realização* jurisprudencial do direito, o que os obriga a adoptar um conjunto de parâmetros formais para avaliar as actuações das partes – recorde-se a já mencionada dimensão procedimental do *standard FET* –, parâmetros que consubstanciam, em última instância, também critérios de legitimação deste modo de produção jurídica – v. Thomas KLEINLEIN, «Judicial lawmaking by judicial restraint? The potential of balancing in international economic law», *German Law Journal*, 2011, pp. 1141-1174.

⁹⁹ Definição avançada por Mattias KUMM, «Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice. A review essay on A Theory of Constitutional Rights», *International Journal of Constitutional Law*, 2004, pp. 574 e ss.

¹⁰⁰ Tema que desenvolvemos no nosso «Ainda o novo direito administrativo e a eficiência» (em publicação).

razoabilidade (quando o limite funcional do poder legislativo de restrição de direitos fundamentais o imponha) ou com o *princípio da necessidade* (quando o controlo de actos normativos do Executivo requeira a exigência de um nível mais elevado de qualidade do exercício da função governativa¹⁰¹).

Assim, falar em *metódica da proporcionalidade hoje* não pode ser uma referência só ao teste triplo, *nem só* ao teste de razoabilidade, *nem* à necessária combinação de ambos em simultâneo, mas sim um exercício prévio de adequação da escolha do teste ao objecto de controlo – é este o *tetralemma* do princípio da proporcionalidade.

¹⁰¹ Recorde-se, mais uma vez, a preponderância dos novos princípios de controlo da actuação governativa em contexto de globalização económica e europeização de políticas públicas – *sustentabilidade, solidariedade intergeracional e eficiência*.